

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS230036-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender,  
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 13. März 2023

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 16. Februar 2023 (EK230014)

### **Erwägungen:**

1.1 Am 16. Februar 2023 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Dielsdorf den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 91'135.55 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Mai 2021, Fr. 150.– Umtriebsspesen gemäss AGBs und Fr. 206.60 Betreuungskosten ([act. 3 =] act. 6 [=act. 7/6]).

1.2 Dieser Entscheid wurde von der Schuldnerin bei der Post nicht abgeholt. Zur Beschwerdefrist ergibt sich somit, was folgt:

Massgebend für den Lauf der Beschwerdefrist der Schuldnerin ist das Datum der Zustellung des Konkurseröffnungsentscheides an sie. Die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 16. Februar 2023 (vgl. act. 5) konnte der Schuldnerin am 17. Januar 2023 zugestellt werden (act. 5 Rückseite), womit ein Prozessrechtsverhältnis begründet wurde und die Schuldnerin mit weiteren Zustellungen rechnen musste.

Der Konkurseröffnungsentscheid vom 16. Februar 2023 lag für die Schuldnerin ab dem 18. Februar 2023 bis am 24. Februar 2023 auf der Post zur Abholung bereit, wurde von ihr aber nicht entgegengenommen (act. 7/5). In Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, welche nicht abgeholt wurde, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt, wenn die Person mit einer Zustellung rechnen musste (sog. Zustellfiktion). Da vorliegend wie gezeigt ein Prozessrechtsverhältnis bestand, gilt der Konkurseröffnungsentscheid als am 24. Februar 2023 zugestellt. Die zehntägige Frist für die Beschwerde lief der Schuldnerin damit am 6. März 2023 ab.

1.3 Mit Eingabe vom 25. Februar 2023 (Datum Poststempel), und damit innerhalb der Beschwerdefrist, erhob die Schuldnerin Beschwerde und beantragte, die Konkursöffnung sei aufzuheben und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sie macht im Wesentlichen geltend, den geschuldeten Betrag teilweise der Gläubigerin bezahlt und im übrigen Umfang hinterlegt zu haben und zahlungsfähig zu sein (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–9).

1.4 Mit Verfügung vom 27. Februar 2027 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde noch bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen könne (act. 10).

1.5.1 Mit Eingabe vom 7. März 2023 (Datum Poststempel) reichte die Schuldnerin eine Ergänzung ihrer Beschwerde ein (act. 13). Sie macht geltend, die Ehefrau von C.\_\_\_\_\_ (Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift, vgl. act. 12), habe sich über das Wochenende im Spital befunden. C.\_\_\_\_\_ sei deshalb nicht dazu gekommen, die Unterlagen für die Darlegung der Zahlungsfähigkeit zusammenzutragen. Sodann reicht die Schuldnerin weitere Unterlagen, insbesondere die Pfändungsurkunde des Betreibungsamtes Niederhasli-Niederglatt, zu den Akten (act. 14/2–2) und macht Ausführungen dazu.

1.5.2 Die verspätet eingereichten Unterlagen und Ausführungen zur Zahlungsfähigkeit sind nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgt (vgl. E. 1.2) und damit hier nicht zu berücksichtigen (vgl. dennoch nachfolgend: E. 4.3.5).

1.5.3 Was die Schuldnerin mit den Ausführungen zum Spitalaufenthalt der Frau von C.\_\_\_\_\_ bezweckt, bleibt unklar. Ein Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist i.S.v. Art. 148 ZPO wird jedenfalls nicht gestellt und kann in diesen Ausführungen auch nicht ohne weiteres erkannt werden. Ohnehin wäre ein solches Gesuch abzuweisen: So ist die Behauptung der Schuldnerin in Bezug auf den angeblichen Spitalaufenthalt weder belegt, noch ist dargetan, weshalb C.\_\_\_\_\_ ein Zusammentragen der erforderlichen Unterlagen durch den Spitalaufenthalt der Ehefrau verunmöglicht worden wäre.

1.6 Die Sache ist spruchreif.

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von

zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei sie auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294, E. 3).

2.2 Die Schuldnerin macht geltend, den geschuldeten Betrag teilweise an die Gläubigerin bezahlt und teilweise bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 2 Rz. 7). Zum Beleg, dass ein Teil der Forderung bezahlt ist, reicht die Schuldnerin eine von der Gläubigerin erstellte Debitorenliste vom 17. Februar 2023 ein. Diese weist noch offene Forderungen der Gläubigerin gegenüber der Schuldnerin von Fr. 24'455.20 aus und enthält den handschriftlichen Vermerk: "OP-Betrag netto – ohne Zinsen, Gebühren + Inkassospesen" (act. 5/5). Damit ist belegt, dass aktuell gegenüber der Gläubigerin noch der genannte Betrag (mit handschriftlich vermerkter Einschränkung) offen ist. Die neben dem Betrag von Fr. 24'455.20 offenen Zinsen, Gebühren und Inkassospesen betragen Fr. 8'189.70 (5% Zins auf den Betrag von Fr. 91'135.55 zw. 01.05.2021–16.02.2023; vgl. act. 9), Fr. 206.60 (Umtriebsspesen) und Fr. 150.– (Betreibungskosten). Dies ergibt eine noch offene Gesamtforderungen von Fr. 33'001.50. Die Schuldnerin hat den Betrag von Fr. 33'165.90 am 24. Februar 2023 bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 5/6), und damit den gesamten noch offenen Betrag samt Kosten und Zinsen. Weiter hat die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamtes Niederglatt vom 24. Februar 2023 beigebracht, wonach bei diesem ein Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– geleistet wurde, der die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des Konkurseröffnungsurteils deckt (act. 8). Zudem hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinterlegt (act. 5/12). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung bzw. der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (statt vieler: OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer, als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

4.2 Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, welche seit dem tt.mm.2018 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist. Sie bezweckt den Handel mit ... aller Art (act. 12). Sie verfügte über zwei Zweigniederlassungen in D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, welche zwischenzeitlich geschlossen seien (act. 2 Rz. 9, vgl. auch act. 5/10–11). Zum Grund, weshalb es zu den aktuellen Zahlungsschwierigkeiten und in der Folge zur Konkurseröffnung gekommen ist, äussert sich die Schuldnerin nicht.

4.3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug der letz-

ten fünf Jahre. Die Schuldnerin reicht einen Betreibungsregisterauszug vom 16. Februar 2023 ein (act. 5/9).

Der Auszug weist keine Verlustscheine aus, aber insgesamt 53 Betreibungen im Gesamtbetrag von (gerundet) Fr. 1'157'509. Vier der in Betreuung gesetzten Forderungen im Gesamtumfang von Fr. 27'390.70 wurden bezahlt. Abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (Betreibung Nr. 1) sind damit gemäss Betreibungsregisterauszug heute noch 48 Betreibungen im Umfang von total (gerundet) Fr. 1'038'833.– offen. Bezüglich 16 Forderungen im Betrag von (gerundet) Fr. 196'560.– ist ein Zahlungsbefehl ergangen und sie befinden sich damit noch am Anfang des Betreibungsverfahrens. In drei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 416'950.– hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben. Sieben Betreibungen von (gerundet) gesamt Fr. 60'873.– befinden sich sodann im Stadium der Pfändung und vier Betreibungen von (gerundet) gesamt Fr. 114'707.– im Stadium der Verwertung. 18 Betreibungen von (gerundet) gesamt Fr. 249'753.– befinden sich im Stadium der Konkursandrohung.

Zu den einzelnen Betreibungen äussert sich die Schuldnerin nicht und macht insbesondere nicht geltend bzw. belegt nicht, ob und welche Betreibungen zwischenzeitlich beglichen wären. Die noch offenen Betreibungen gemäss Betreibungsregisterauszug sind damit im vollen Umfang von Fr. 1'038'833.– zu berücksichtigen.

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle in Bezug auf den Betreibungsregisterauszug, dass dieser sehr viele Betreibungen zu einer sehr hohen Gesamtsumme ausweist, wobei sich die Betreibungen – abgesehen von deren zwei – allesamt ab dem Jahr 2022, und damit in kurzer Zeit, angesammelt haben. Bereits dies stellt ein Indiz dafür dar, dass die Schuldnerin schlicht nicht mehr in der Lage war, ihren Verpflichtungen nachzukommen, mithin massive Zahlungsschwierigkeiten hat. Auffallend ist denn auch, dass sich eine ungewöhnlich grosse Anzahl der Betreibungen bereits im Stadium der Konkursandrohung befindet. Zudem befinden sich viele Betreibungen, welche aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Natur nicht der Konkursbetreuung unterliegen (Art. 43 Ziff. 1 SchKG), bereits im Stadium der Pfändung oder Verwertung. Betroffen sind dabei auch Forderungen von verhält-

nismässig geringen Beträgen (z.B. Betreuung Nr. 2 à Fr. 645.–, Nr. 3 à Fr. 905.–, Nr. 4 à Fr. 585.–). Dass die Schuldnerin selbst bei derart geringen Forderungen nicht in der Lage war, die Pfändung abzuwenden, ist ein weiteres Indiz für das Vorliegen grosser Zahlungsschwierigkeiten. Insgesamt zeichnet bereits der Betreibungsregisterauszug ein düsteres Bild der finanziellen Lage der Schuldnerin.

4.3.2 Zu ihrer finanziellen Lage und insbesondere zu vorhandenen Aktiven behauptet die Schuldnerin, über umfangreiche offene Debitorenforderungen zu verfügen. Mit Blick auf diese und zusammen mit dem umfangreichen Warenlager und Krediten werde sie in der Lage sein, die hohen Ausstände innerhalb der Beschwerdefrist weitgehend zu begleichen respektive einzelne Ausstände bei der Obergerichtskasse zu hinterlegen und mit verschiedenen Gläubigern Abzahlungsvereinbarungen abzuschliessen. Es seien auch bereits hohe Abzahlungen geleistet worden, welche aber nicht im Betreibungsregisterauszug ersichtlich seien (act. 2 Rz. 5).

4.3.3 Diese Behauptungen der Schuldnerin bleiben weitgehend pauschal und unbelegt. Weder nennt sie (abgesehen von den angeblich offenen Debitoren, dazu sogleich) im Hinblick auf ihre finanzielle Lage konkrete Zahlen (Aktiven, Passiven, Einnahmen, Ausgaben, Gewinn, Verlust etc.), noch reicht sie sachdienliche Belege ein (z.B. Bilanzen, Erfolgsrechnungen, Kreditorenlisten etc.). Zudem reicht sie auch keinerlei Belege zu ihrer Behauptung ein, bereits hohe Abzahlungen geleistet zu haben. Ausführungen zu ihrer allgemeinen Geschäftslage bzw. Auftragslage fehlen ebenso. Damit ist es nicht ansatzweise möglich, sich ein Bild über die finanzielle Lage bzw. die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Schuldnerin und ihre Zahlungsfähigkeit zu machen.

4.3.4 Soweit die Schuldnerin immerhin konkret behauptet, per 17. Februar 2023 über hohe Debitorenbestände in Bezug auf die Filialen in D.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ von über Fr. 298'188.40 zu verfügen, zudem für die früher bestehende Filiale E.\_\_\_\_\_ per 28. Dezember 2022 über solche in Höhe von Fr. 173'788.45 (act. 2 Rz. 8) und diese Behauptungen mit den entsprechenden Debitorenlisten belegt (act. 5/7–8), ergibt sich, was folgt:

Neben dem, dass diese angeblich offenen Debitoren (als einzige konkret behaupteten Aktiven) bei Weitem nicht ausreichen, die genannten noch offenen Betreibungen zu decken, bleibt darauf hinzuweisen, dass viele der aufgeführten Debitorenpositionen bereits sehr alt sind, was Fragen aufwirft. Ein grosser Teil der Debitoren der Liste "Debitoren D. \_\_\_\_\_ + F. \_\_\_\_\_" (act. 5/7) stammt aus den Jahren 2018 bis 2021. Auch die Liste "Debitoren E. \_\_\_\_\_" (act. 5/8) weist viele Positionen aus dem Jahr 2021 auf. Weshalb derart alte Forderungen bis heute nicht eingetrieben bzw. nicht bezahlt wurden, lässt die Schuldnerin offen. In welchem Umfang und wie schnell diese Debitoren zu Geld gemacht werden könnten, erscheint somit fraglich. Mit den genannten Debitoren ist damit für die Schuldnerin vorliegend nichts zu gewinnen.

4.3.5 Auch wenn die Pfändungsurkunde des Betreibungsamtes Niederhasli-Niederglatt vom 8. Februar 2023 aufgrund der verspäteten Einreichung (E. 1.5.2) hier grundsätzlich nicht zu beachten ist, bleibt doch festzuhalten, dass auch diese klar gegen die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin spricht. Aus genannter Urkunde ergibt sich unter dem Betreff "Sachpfändung" nämlich, dass im Rahmen des Pfändungsverfahrens Debitoren im Umfang von lediglich Fr. 17'055.70 gepfändet wurden. Als weitere Vermögenswerte der Schuldnerin weist die Urkunde auf eine Inventarliste hin, welche Artikel im Wert von Fr. 148'980.86 aufweise, wobei die betreibungsamtliche Schätzung Fr. 30'000.– betrage. Auf der Folgeseite der Urkunde findet sich unter "Bemerkungen zur Sachpfändung" sodann der Hinweis, C. \_\_\_\_\_ habe zu Protokoll erklärt, dass abgesehen von diesen erwähnten Aktiven die Schuldnerin keine weiteren Vermögenswerte mehr habe (act. 14/3). Damit ist nicht nur widerlegt, dass die Schuldnerin aktuell noch über Debitoren im von ihr behaupteten Umfang verfügt, sondern es ergibt sich auch, dass die Schuldnerin über keine hinreichenden Vermögenswerte verfügt, um ihren dringendsten Verpflichtungen nachzukommen.

4.4 Der Schuldnerin gelingt es damit nicht, ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

5. Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreibung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht aufgrund ihres Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **13. März 2023, 08:30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Niederglatt wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Das Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 33'165.90 dem Konkursamt Niederglatt zuhanden der Konkursmasse zu überweisen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2 und 13, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das

Betreibungsamt Niederhasli-Niederglatt, je gegen Empfangsschein, und an die Kasse des Obergerichtes.

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:  
13. März 2023